

# 行政指導の法的根拠 (三・完)

松戸 浩

- 一 はじめに
- 二 我国学説判例上の展開 (以上、一九卷四号)
- 三 ドイツ学説判例上の展開 (以上、三〇卷一号)
- 四 理論的検討
- 五 おわりに (以上、本号)

## 四 理論的検討

これ迄みたように、ドイツの判例に於ては、公表・警告等の「インフォーマルな行政活動」に就いて、これらが基本権への侵害を伴う場合でも基本法上の任務を根拠として認められるとの見解が確立している。これに対し学説の多くは必ずしも肯定的ではないものの、侵害作用を伴わない公表・警告等に就いては、その根拠として基本法乃至法律上の任務規定を挙げる論者が少なからず存在した。また我国に於ては、行政指導に対し法律の根拠は一般的には求められていないものの、判例上特に行政指導の法的根拠に言及する必要がある場合には、各省設置法の所掌事務規定が援用されていた。そこで以下に於ては、インフォーマルな行政活動乃至行政指導の法的根拠として任務規定・所掌事務規定を挙げることの理論的背景を明らかにすることに努めることとする。

一 周知のように法律の留保論に於ては、そこで要求される法律の根拠としては、行政機関にそれが属する行政主体の事務を配分する組織規範では足りず、或る行為をする為の権限を与える個別の根拠規範でなければならぬと説明されてきた。<sup>(1)</sup> それ故組織規範(責務規範)から権限を導出することは許されないとされる。<sup>(2)</sup> 前述のように警告の一部に侵害性を認めるドイツにあつては、かかる説明はインフォーマルな行政活動の領域でも踏襲され、侵害性を伴う警告に就いては管轄規範(Zuständigkeitsnorm)乃至責務配分規範とは別の権限規範が要求されるとする見解が多くみられる。<sup>(3)</sup> そこで問題となるのは、ここで前提とされている管轄規範・責務配分規範との区別及び夫々の規範が持つ意義であるが、以下では先ずこの点に就いて検討することとする。

(1) 管轄規範・責務配分規範と権限規範との区別及び夫々の規範が持つ意義に就いてはこれ迄も屢々説明がなされてきているところであるが、この点に就いて詳細な検討をした論者としてドイツでよく挙げられているのは、F・マイヤーとF・W・クネマイヤーである。日独共に、組織規範(管轄規範・責務配分規範)と根拠規範(権限規範)との区別が問題とされる場合、一般的にはそこでは、法律の留保原則との関係から根拠規範乃至権限規範の意義に重点が置かれている。これに対しマイヤーとクネマイヤーは、前者の固有の意義にも十分に意を払うことにより、この問題に対して個性的なアプローチをなしている。<sup>(4)</sup> そこで以下では、この両者の所説を検討することとする。

先ず、既に我国でも紹介がなされているF・マイヤーのこの点に関する所説は、次の通りのものである。

(a) マイヤーによれば、責務規範(Aufgabennorm)は行政活動の根拠ではなくその前提に過ぎず、この点で権限規範と区別される。責務規範は、その範囲内で特定の行政が、別の法規範(権限規範)に基づいて展開しようとするところの枠のみを確定するものである。尤もマイヤーのかかる説明は、行政は権限規範がなければ活動出来ないという意味で理解されるべきではなく、マイヤーによれば、右の責務規範による行政の活動領域の限界づけは自由に形成される

行政に対する限界を劃するものであり、従つて権限や裁量限界による拘束のない領域に於て、行政に対し最終的且つ決定的な拘束力を持つものとされる。営業監督官庁が畜産家に対する助成措置をとりえないことや、市の警察官庁に市の活動の決算を委ねることが出来ないことは、これらに対し特別な法的根拠がないことによつてではなく、当該官庁の責務でないことによつて説明される。また、権限規範のカタログは活動可能性を限定列挙したのではなく、権限規範は活動の正当化を意味するものとされる。例えば警察官吏は責務の履行の為に、市民に属するのと同様の権利 (Recht) を持ち、この権利の射程外で、右の権限が必要とされる。それ故権限は、非警察官吏には禁じられるが警察官吏には一定の要件の下で認められる領域の認容であるとされる。このようにマイヤーにあつては、責務規範は行政活動の外枠としての機能を果たす一方で、権限規範はその内の一部の行政活動に就いてこれを正当化する機能を果たすものとされているが、権限規範を離れた行政活動も責務規範の枠内で認容されている。

尤もここでは責務規範は行政活動の法的根拠とされている訳ではなく、マイヤーにあつては抑々行政は活動の自由を有することが前提とされ、また前述のように私人が有する権利は官吏も同様にも有するものとされている。この点からすれば、マイヤーに於ける責務規範を行政活動に対する枠規範にすぎないものとして理解することも可能であるようにみえる。しかし他方でマイヤーにあつては、右に挙げた畜産家に対する助成活動や決算等、或る行政機関が特定の行政活動をなしうるか否かは、常に (権限規範を要求されない場合も含めて) 責務規範によつて測られるのであるから、この点を捉えて責務規範による根拠づけが行なわれているとみることも理論的には可能であるように思われる。この場合、責務規範は、行政活動に対する枠規範としての性格を有するに留まらないものということになる。

(b) マイヤーに於ける責務規範の理解は以上のようなものであるが、これに対しクネマイヤーは、基本的にはマイヤーの所説の延長に立ちつつも、行政活動に対する責務規範の位置づけをより積極的に説明することを試みている。

即ちクネマイヤーは、警察法の領域に於ける責務配分規範の歴史的展開を検討し、そこでは従来責務配分規範とされ私人の利益の為に活動を限界づける意義を有していなかったプロイセン一般ラント法第二編一七章一〇条が個人権の視点の伸長と共に基本権による活動制限を除去し侵害権限を導出する権限規範としての性格を帯び責務配分という固有の機能が等閑視されるようになったとして、責務配分と侵害権限の分離は前者の意義を視野の外に置く結果となつたと述べる。彼によればその理由は、侵害行政の領域では防衛乃至個人権が問題とされ規範の名死人たる行政の地位が顧慮されなかつたことにあるとされている。そして責務配分規範の名死人は行政活動によって自己の権利を制限されうる個人ではなく専ら行政であるところ、責務配分の意義と目的はこの点から測られるべきであり、個人の保護は権限規範によって顧慮されるべきであるとされる。立法者による一定の国家機能の配分の目的は、国家機関が自己に配分された責務を遂行すること乃至その枠の中で活動することであり、責務配分規範は行政に対する立法者の活動委任を含むとされる。<sup>⑪</sup>而して彼によれば責務規範の機能は、その中で行政が活動する領域を開くこと、非侵害措置に根拠を与えることにある。<sup>⑫</sup>

このようにクネマイヤーは、権限規範と区別された責務配分規範に固有の意義として、国家機関に対する責務の配分及び当該責務の遂行の委任を挙げている。これは、責務規範は行政の活動義務を基礎づけるといふ彼の主張の論拠として述べられているものであるが、本稿との関係では、マイヤーにあつては明言されていなかった責務規範の行政活動に対する根拠づけの機能が肯定されている点が注目される。

(2) (a) 以上のように、マイヤーやクネマイヤーにあつては、責務規範は行政活動に対する枠規範としての性格を有するに留まらないものとして理解されているといえるが、かかる責務規範の理解は、我国に於て権限規範、根拠規範と区別されたものとしての、責務規範乃至組織規範の説明がなされる際には、必ずしも明確ではなく、寧ろ両規範

に就いては専らその枠規範としての性格が強調されてきたように思われる。<sup>15</sup> 他方で責務規範をはじめとする組織規範は、行政組織内部に於いて行政組織の或る一部分（行政機関）が如何なることを行ないうるかを定める、行政機関の行為規範であるとも説明されてきた。<sup>16</sup> 凡そ行政機関は権限を基礎としてはじめて活動しうるものである以上、組織規範はその活動の法的根拠として作用している。法律の留保原則との関係で、そこで要求される根拠規範は組織規範ではないと語られるとき、それは、「行政機関（行政主体）が、私人の権利ないし法的利益に、果たしてまたどこまで介入し得るかを定める」行政作用法上の関心から来るものである。<sup>18</sup> この場合組織規範とは別に根拠規範が要求される理由としては、行政による侵害行為等法律の留保の対象とされる活動を行政の裁量に委ねず、これに就いて、直接に民主的に正当化された立法者の予めの判断を行なわせることや、<sup>19</sup> 官庁による侵害がどのようになされるかを私人に予見可能なものとするなど個人の権利保護を確保することが挙げられている。<sup>20</sup> 根拠規範が要求される理由がこのようなものであるならば、かかる理由の欠如の故に根拠規範の要求されない行政活動も存在することになるが、組織規範が行政活動の前提となるのはかかる法治主義的民主的理由によるものではなく、全ての行政活動に就いて妥当することである。法律の留保原則との関係で根拠規範が要求されるのは、私人の側からみた、自己に対する行政活動がなされる場合の条件に関わるものであって、行政機関の側からみた、活動を行なう為の条件の全てを対象とするものではない。組織規範は後者と関わるものである。

行政組織法は「行政機関の設置・廃止、名称、構成、権限等に関する定め」等として定義されることがあり、<sup>21</sup> かかる定義は一般的なものとなっているが、行政機関は「行政主体の事務を担当させて行政主体のために活動させる目的で設けられ」るものである以上、行政機関の設置はそれ自体が最終的な目的となるものではなく、設置された行政機関がその属する行政主体の為に活動すべきことが併せて意図されているとみるべきである。先にみたクネマイヤーの

所説はこれを明示的に述べたものであるが、このように組織規範(責務規範)に行政機関への活動の委任が含意されていると述べる論者はクネマイヤーに留まらず、他にもみられるところである<sup>(3)</sup>。

(b)このように組織規範を捉えるならば、行政指導と法の拘束との関係に関してこれ迄屢々なされてきた、組織規範は行政指導を根拠づけるものではなく行政指導の限界を画する外枠であるとの説明は、必ずしも正鵠を射たものではない、ということができる。確かに、例えば各省設置法の所掌事務規定は、行政機関の行政指導を含めた諸活動のなしうる範囲を定めている点ではその「限界」を定めているものといえるが、或る行政機関が自己に配分された責務の遂行の為に行政指導を行ないうるのは、かかる責務を当該行政機関に配分した規範が存在するからである。

これ迄組織規範が単なる枠規範として説明されてきたのは、先にもみた作用法的観点に影響しているものと考えられる。即ち、作用法に妥当するものとされている法律の留保原則は先にみた理由から組織規範と根拠規範を区別し侵害行為等法律の留保の対象とされる活動の根拠として前者を排除し後者を強調する結果、組織規範は関心の外に置かれることになる。そこでは、法律の留保の対象とされている行政活動に就いては組織規範とは別の根拠規範をその根拠とすることに第一の関心が抱かれているから、組織規範を行政活動の前提として捉える考は排除され、根拠規範によつて既に法的根拠が与えられている行政活動に就いて、規制規範等と同様にこれを制約する要素として把握されることになる。組織規範が行政活動に対する「枠」として性格づけられているのはこれである。他方で法律の留保の妥当しない領域に於ては、右のような、組織規範と区別された根拠規範に対する要求が存在しないのであるから、法律の留保原則の妥当する場合と異なり、組織規範を枠規範と性格づける必要性は存在しない。これ迄我国に於ては行政指導に就いて、行政指導は法律の根拠を必要とせず、各省設置法等の組織法は行政指導をなしうる範囲を定めるものという説明が一般的になされてきたが、それは法律の留保原則の対象領域に於てなされてきた組織規範と権限規範と

の關係に係る説明が、通説によれば法律の留保原則の対象とされていない行政指導に対してそのまま適用されているものといえる。しかし、法律の留保の対象外の活動に就いてその対象内の場合と同様の枠組の説明をすることは、私人に対する行政活動がなされる場合に關わる定式が、行政機関が活動を行なう為の条件一般に係る説明に混入する可能性を持つていると考えられる。実際に、右の我国に於て一般的になされている行政指導の法的根拠に係る説明は、組織規範の行政機関に対する活動委任の要素を閑却させることとなつてゐる。

(c) この点前述のように我国同様組織規範と根拠規範とを峻別するドイツの学説にあつては、両規範の關係を論じる場合にも、我国とは異なる説明がなされる場合がある。例えば、行政機関が或る行政活動をなしうるか否かを判断する際には、第一にはそれが責務規範によつて認められた活動であるか否かを判断し、第二に、これにより許容された活動であつても法律の留保の対象となつてゐる活動に就いては責務規範とは別の根拠規範が存在するかという審査を経るものとする説明が少なからずなされてゐる。また、責務規範が責務を創設配分する一方で、権限規範は個別の場合に於けるその行使の様態を規律するものである、という説明もある。これらの説明でも責務規範は行政活動の外枠として機能しているが、我国に於ける組織規範と根拠規範との關係に就いての説明と比べ、責務規範乃至組織規範の意義をより重視したものとなつてゐるといえる。

(d) なお組織規範は必ずしも法律の形式を取る訳ではなく、例えば以前我国では各省官制通則以下勅令等の法形式が取られていた。この場合行政の側で任意にこれと異なる定めをなしうるのであるから、行政活動に対する枠としての機能は極めて限定的なものとなる。<sup>(25)</sup>

二 組織規範たる責務規範と根拠規範たる権限規範との區別は、日独共に警察法の領域で最も議論されてきた。先に挙げたマイヤー、クネマイヤーの所説も警察法に係るものであつた。またドイツでは前述のように、警告・推奨が

危険防御の為に用いられるケースが主に問題とされてきた為、警告・推奨を論じる際にも警察法の発想が基礎とされることがあった。そこで以下では、警察法の分野に於ける両規範の区別に関する議論をもみることにより、この区別の意義を検討することとする。

(1) (a) ドイツに於て責務規範と権限規範との区別が特に警察法の領域で論ぜられたのは、既に我国でも紹介されているように、警察活動に対しプロイセン一般ラント法第二編一七章一〇条の概括的授權や慣習法的授權を許容してきたプロイセン警察法と、かかる原則は全ドイツに妥当するものではなくまた憲法・基本法の採用した法治国原理と相反するとして、権力的警察活動には常に個別的な法律の授權が要求されるとしたバイエルン警察法(の多数説)との対立がその背景にある。<sup>(20)</sup> プロイセン警察法では公共の安寧等を確保する為の警察作用の必要性や自然法思想等を根拠として、警察作用に就いては独自の授權原則が容認されてきたとされる。これに対する、前述のように責務規範と権限規範との峻別を強調したマイヤーの評価は次のようなものであった。

バイエルンでは警察権の限界は、警察の責務領域の枠内にある警察の侵害可能性を立法者が列挙することにより引かれる。それと共にバイエルン警察法に於ては、責務の劃定はその意義を失う。何故なら、バイエルン法に於ては警察権に制限を置くのは警察の責務の範囲ではなく、個別法で規定された警察権限だからである。立法者は、警察の権力の剥奪に対する法治国的要求を、権限カテゴリーを通じて顧慮する。特別な法規範を基礎としてのみ、バイエルン市民の自由と権利は侵害されう。これは立法のみがなしうる。プロイセンに於てはこれと異なる。クロイツベルク判決によって警察に留められた権力領域に於て、警察を一定の権限に結び付けることで更に限界づけることは出来ない。寧ろ警察の責務から出発しなければならず、これから法的権限が帰結される。従って責務と手段との関係をプロイセンの裁判は変えることを出来ない。ここでは、個別の場合に投入される手段が具体的な警察責務の遂行の為に必要であるか、この責務の遂行に於て権利侵害が避けられな

いものであるか、警察の手段が責務即ち警察目的にとつて適切であるかが測られる。プロイセンの判決は、警察の全権、高権が依然として存在する領域を劃定しえたのみであつた。この警察領域に於ては特別法が存在する限りでのみ、警察はその権限に關して規範に拘束される。即ち、警察はその権限に於て、特別法が規律しない限りに於て、原則的に自由なのである。従つて警察はその責務領域に於て、権力分立の意味で拘束されることはない。この警察法体系にとつては、任務から権限を前法治国的に歸結することは自明である。警察は自己の責務の遂行の為に特別法の授權なくして權利を設定でき、法律の根拠を必要とすることなく、警察責務の遂行が問題となる限りで、個別の場合に權利侵害をなしうる。依然として警察は、自己に固有の執行權と並び、立法者等の機能を行使している。このプロイセン警察法体系に於ける國家權力の分離を欠くジレンマを、判決も學説も終わらせていない。プロイセン警察法体系に於ける矛盾を解決する為にO・マイヤー等が行なつた試みは、警察概念の學問的把握であり、警察による侵害の正当化を自然法により行なうことであつた。アイヒナーがなしたような、授權規範に關するプロイセン警察法の思考をバイエルン警察法に導入しようとする試みは、前法治國的警察權力—ここでは警察法の權限カタログはもはや排他的に警察權限を示すものではなく、その責務領域に於て全能の警察の個別法による制限を表わすに過ぎない—への逆行の端緒であつただろう。プロイセン警察法の概括条項の本質は、警察責務の規定から警察の權利侵害權限が推論されるといふ事實等にある。<sup>32)</sup>

(b) 以上のように、マイヤーにとつてプロイセン警察法の授權原則は、警察の責務を定めたものに過ぎないプロイセン一般ラント法第二編一七章一〇条を授權規範として認めるものであるが、それは、個々の警察の權利侵害に就いて警察の責務の上からの必要性が判断されるに留まり、本来なされるべき立法院の統制を不要とすることに繋がるものである。もとよりプロイセン警察法に於ても警察の責務領域に於ける立法院の規律が排除される訳ではないが、個々の侵害を正当化することは立法院の事柄であつて、警察が責務遂行の為に手段—權利侵害を伴うものも含めて—

を自由に選択しうることは立法府の機能を行政府が行なうことになるということが、マイヤーをして警察法に於ける責務規範と権限規範との峻別を強調せしめた理由となっている。マイヤーは法治国的な責務と権限との分離は警察法のみならず行政法一般に対して妥当するものと述べており、彼にとつては寧ろ、行政法上の一般原則たる責務と権限との分離がプロイセン警察法に於て貫徹していないことが問題とされる。このことからすれば、とりわけ警察法の領域に於て責務規範と権限規範との峻別が説かれているとしても、それはかかる峻別が警察法固有のものであることを含意するものではない、ということになる。他方でプロイセン警察法（及びその影響を受けた各邦警察法）に於て、臣民の自然的義務や危険防御の必要性等を拠所とする、固有の授權原則が妥当していたことはよく知られているところであり、これが、特に警察法に於て責務規範と権限規範との峻別が強調されることの要因となっているといえる。<sup>(35)</sup>

(2) (a) 我国で特に責務規範と根拠規範との区別が問題となったのは、警察法二条の法的性格に関する議論に於てであった。即ちそこでは、(イ) 同条は警察の責務を定めると共に、その責務の遂行の為の手段を取ることを根拠ともなり、他の法令の根拠は不要とする見解、(ロ) 同条は警察の責務を定めるに留まり、その遂行の為には他の法令の根拠を必要とする見解、(ハ) 同条は警察の責務を定めるものであり、その責務を遂行する為の手段が国民の自由や財産を侵害する乃至公権力の行使に当たる場合には他の法令の根拠を必要とするが、これらに当たらない手段であれば他の法令の根拠なくして行ないうるとする見解が夫々述べられてきた。そして(ハ)の中にはこの場合の警察法二条の位置づけとの関係で、(ハ―1) 同条は警察手段の一般的な根拠規範であり、他の法令の根拠を必要としない手段の場合には専ら同条がその根拠となるとする見解、(ハ―2) 同条は警察手段の根拠となるものではないが、警察に責務を果たす為の手段を取る法的義務を課すものであるとする見解が分けられる。<sup>(37)</sup>

(イ) は警察責務遂行の必要性をその実質的基礎とするものであり、論者によつては自然法的論拠を随伴するもの

であつたが、これに対しては周知のように、同条のような概括条項を以て根拠規範とすることに對する批判が学説上強くなされていたところである。また(ハ—)は、同条が警察の担任すべき事務の範圍を定めると共に、警察がその任務を遂行すべきことを定めたものであるとして同条を警察手段の一般的な根拠規定と捉えつつ侵害手段に就いては法治主義の見地等から別途個別の法的根拠を求めるものである。ここで侵害手段以外の手段につき一般的根拠規定を求める理由は、次のようなものである。

〔その行為が単なる私人の行為と区別される職務上の行為であり、また、それに対する犯行が公務執行妨害となるものとしてその執行が確保されるためには定められた行政目的でなければならぬ。そして何が行政目的であるかについては法の根拠を必要とする。警察であれば、警察法二条がその根拠であり、第二条に定める責務を遂行するために行なう任意手段は、警察官の職務行為である〕<sup>⑩</sup>

これに就いては、本説が法律の留保につき全部留保説ではなく侵害留保説を取るのであれば、侵害行為以外の任意活動に就いて警察法二条をその根拠規範とすることの意義は必ずしも明快なものではなくなるのではないか、という問題が指摘されている。<sup>⑪</sup>

以上の所説は、これ迄みてきた警告乃至警察活動の法的根拠に係るドイツの諸学説と相應する点がある。即ち、(イ)は既に屢々指摘されているようにドイツ(プロイセン)警察法の概括的授權の考を念頭に置くものである。また、責務規範が同時に根拠規範ともなりうることを認めている点では、ドイツの侵害的性格を有する警告に關する判例と共通するものであるといえる。他方で(ハ—)は警告に關して、侵害的性格を有するものに就いては個別的授權を要求する一方で非侵害的な警告に就いては責務規範による授權を要求する所説に相應するものである。更に(ハ—2)に就いては、バイエルン警察法(特にマイヤー)上の責務規範と權限規範との區別との共通性が指摘されてい

る。尤もこの点に就いては、例えばクネマイヤーのように、責務規範による行政活動の義務づけを論じる一方で、非侵害措置に就いては責務規範がその法的根拠を与えるものと述べる論者もあり、この場合には (ハ―2) に相応した責務規範・権限規範の理解が取られている訳ではない。

(b) この議論の中には、「法律の根拠」の持つ意義に就いて参照されるべき点が幾つか存在する。第一に、ここでは法律の留保の対象外とされている行政活動に対し一般的根拠規定を求めていることの意義が必ずしも明快ではないことが指摘されている。尤も、法律の留保の対象外とされている行政活動であっても、それは当該活動を行なう機関に与えられた責務を遂行するものでなければならぬ。この責務の付与は法律の留保の対象となるものではないが、責務の付与があつてはじめて行政機関が活動を行なう点では、根拠規範と同様の機能を有していることになる。右の指摘が妥当するのは、(ハ―1) にいう「根拠」を法律の留保でのそれと見做す場合に於てである。(ハ―1) 説を取るものとされる論者等の中には、警察法二条が法律の留保にいう根拠規範であるとは必ずしも明言せず、同条が警察の責務を定めたことを警察活動の前提とみるものも存在する。この場合 (ロ) との区別が問題となるが、以前 (ロ) は任意行為に就いても警察法二条とは別の法令の根拠を要求しており、侵害行為乃至公権力の行使に就いてのみ別途法令の根拠を要求する右の論者等とはこの点で区別される。

第二に (ハ―1) に就いては、そこでいう一般的根拠規範が既に法律の留保の民主的正当化機能を果たす一方で、そこで要求される根拠には多様な形態がありうることから、個別授權がなくとも警察官が行動 (公権力の行使) しようの可能性を理論的に開くものという指摘がある。前款でみた、侵害性が認められるにも拘らず必要性や規律の困難等を理由に責務規範による警告に対する授權を認めたドイツの判例は正にこの指摘を裏付けるものとなっている。

第三に、我国では (ハ―1) と (ハ―2) とが区別されているが、或る法規定が行政活動の法的根拠であることと

行政活動を義務づけることは別の事柄ではあるものの互いに相容れないものではないので、クネマイヤーのように非侵害措置に就いて責務規範が両者の性格を兼ね備えると述べることに——これは (ハー1) と (ハー2) の融合説といえよう——は、理論的には必ずしも排斥されるものではない。他方で (ロ) と (ハー2) との区別は、責務の分配と責務の義務づけとは別の事柄であることを改めて示すものであり、クネマイヤー (また、マイヤー<sup>(49)</sup>) のような、責務規範が責務遂行を義務づけるとの所説は、ありうる一つの主張に過ぎない<sup>(50)</sup>。従ってクネマイヤーやマイヤーの所説は、そのままの形で責務規範と権限規範との区別に係るプロトタイプとなるものではない。

三 二での検討から得られた示唆は次のようなものである。

第一に、責務規範と権限規範との区別は、必ずしもドイツ警察法でのみ成立しうるものではない。

第二に、我国の行政指導のような、一般的には法律の留保の対象外とされる行政活動の場合、責務規範をその法的根拠と述べることの意義に就いては精査が必要である。

以下ではこの第二の点に就いて検討する。

(1) 前款でみたように、ドイツの判例は責務規範による授權を侵害性ある警告に対して認容しているが、その論拠は警告の持つ規律困難性等による授權要件の緩和であり、侵害性ある警告が法律の留保の対象とされることは前提としている。これに対し学説が、侵害性ある警告につき他の侵害行為と同等乃至警察活動に対するような一般条項による授權を要求するのも、当該警告が法律の留保の対象にあるとして、他の対象活動と同様の扱いを求めるが故の批判であるといえる。このいずれの場合にあっても、問題となっている授權は法律の留保の次元のものであり、授權を行なうとされる法律は法律の留保原則にいう根拠規範である<sup>(51)</sup>。

他方で学説の一部はこれと併せて、侵害性なき警告に就いては責務規範による授權で足りると述べているが、その

趣旨は必ずしも明らかではない。即ちこれを、侵害性ある警告に就いては一般条項等を含めた責務規範とは別の規範による授權を要求する一方、侵害性なき警告に就いてはこの要求を侵害性なきが故に緩和したものとみる場合、それは侵害性なき警告に対して法律の留保の対象を拡大したものとなる訳であるが、この場合には、法律の留保原則が従来前提とし、また本説自身もその厳守を要求している組織規範と根拠規範との区別を侵害性なき警告に關しては放棄していることになる。これに対し、右の責務規範の要求には法律の留保の対象の拡大が伴わないものとみる場合には、二(2)(a)でみた、法律の留保の対象でないにも拘らず法律の根拠を求めることの意義を問う指摘が妥当することになる。<sup>(52)</sup>

これに対し、我国の判例にみられた、刑法上の収賄罪の成否が問題となる事案で各省設置法の任務規定乃至所掌事務規定が援用されるケースでは、法律の留保の対象の拡大が随伴していないことは明らかである。従ってここでの任務規定乃至所掌事務規定の援用の意義を理論的に説明するとすれば、それは法律の留保とは別の観点によることとなる。<sup>(53)</sup>そこで問題となるのが、ここで援用されている任務規定乃至所掌事務規定といった組織規範の固有の意義である。先に一での検討で示されたように、組織規範に固有の意義として考えられるものは国家機関に対する責務の配分及び当該責務の遂行の委任であるが、刑法上の収賄罪の成否に当たっては、問題となつている行為が行為主体のなす職務権限内にあるかが問われるところ、これを決するに当たり責務の配分を行なう組織規範の参照がなされるのは、ありうる検討であるといつてよいであろう。

(2) 尤も、組織規範に固有の意義とされる、《国家機関に対する責務の配分及び当該責務の遂行の委任》に就いては、なお理論的な精査が必要であると思われる。即ち、先にみたクネマイヤーのように、組織規範のこの意義に着目する論者の中には、法律の形式で国家機関の責務が定められたことを重視し、当該責務の遂行が立法者によつて委

任されたものとみる者も存在する。他方で、組織規範が法律以外の法形式を取る場合には、もとより責務の遂行が立法者によつて委任されたものということはできない。しかし、この場合にも組織規範は《国家機関に対する責務の配分及び当該責務の遂行の委任》を規律するものである。組織規範が法律の形式を取る場合と異なるのは、委任をなす機関が立法者でない点である。例えば以前我国では各省官制によつて行政組織の規律が行なわれていたところ、各省官制が果たしてきた《国家機関に対する責務の配分及び当該責務の遂行の委任》の機能は現在の各省設置法のそれと異なる訳ではない。両者で異なるのは委任をなす機関（前者では天皇、後者では国会）である。また、各省内部組織の細目を定めている省令以下の組織規範は各省設置法の委任を受けた形式を取っていないとする理解がある。この理解を取る場合各省設置法と組織省令とは委任をなす機関が異なることになるが、この場合でも両者は《国家機関に対する責務の配分及び当該責務の遂行の委任》の機能を果たす点では変わりはない。このように、組織規範に固有の意義とされる《国家機関に対する責務の配分及び当該責務の遂行の委任》は、組織規範が法律の法形式を取ることにより随伴する要素とは切り放して観念されうるものであり、且つその取る法形式の如何を問わないものである。<sup>56)</sup>

他方でドイツの判例のように法律の留保にいう根拠規範として憲法上の任務を援用している場合には、もとより法律（憲法）の形式が取られていることが前提となる。しかしこの場合には、ここで法律（憲法）の形式が取られていることが法律の留保の文脈でなされているのかの検討が必要とならう。<sup>57)</sup>

(1) なおドイツでは、責務規範(本文にいう組織規範に当たると)が責務を創設配分する一方で、権限規範(本文にいう根拠規範に当たる)は個別の場合に於けるその行使の態様を規律するものである<sup>37)</sup>と説明がなされる<sup>38)</sup>こともある。E. W. Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Aufl., 1998, S. 47; A. Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffener und Gesetzesvorbehalt, S. 258; C. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, S. 982; Derselbe, Polizeirecht, 5. Aufl., 2003, S. 6.

我国に於て第二次大戦前から学説上組織規範と區別された根拠規範が要求されてきたことを警察法との関係で例証するものとして、小林博志「警察行政と組織法・行政官庁理論」(『行政組織と行政訴訟』所収)七〇頁以下。

(2) C. Gusy, NJW 2000, S. 982; Derselbe, Polizeirecht, 5. Aufl., S. 6; A. Roth, a. a. O. 及び同頁註一一九に挙げられた諸文献; F. L. Kraeneyer, Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, VVDStRL 35, S. 229 Anm. 23 に挙げられた諸文献; Derselbe, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., S. 52; F. Schümann, Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung, S. 296 Anm. 387 に挙げられた諸文献; F. Mayer, Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerisches Polizeirecht, 1958, S. 215; H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 184; Derselbe, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., 1976, S. 15; F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, S. 672 及び同頁註四六、四七に挙げられた諸文献; T. Leidingger, Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandelns, DÖV 1993, S. 931 及び同頁註七三三に挙げられた諸文献; J. Iense, Gemeinwohl und Staatsaufgabe im Verfassungsstaat, in: J. / P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 1996, S. 65f.; E. W. Böckenförde, a. a. O., S. 300 Anm. 24; W. R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in: U. Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2003, S. 201. 並び「権限が管轄を基礎として行使可能である」(H. J. Wolf/O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., S. 184; E. W. Böckenförde, a. a. O.)。

(3) F. Ossenbühl, Umbelpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 40f.; Derselbe, Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 1987, S. 36; M. Schulte, Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umbel- und Gesundheitspflege, DVBl 1988, S. 518. また前款二でみたように、警告・推奨を侵害性の有無によつて區別し前者に就いては任務規範の根拠で足りるとする見解(三款註(38)参照)もこれに当たるといえる。

尤もソダンのように、権限規範と責務規範との厳格な分離は公権力の行態とそれによる関係者の不利益が直接に結びつく「規格化された」侵害が問題となる警察秩序法に於て妥当するものであって、国家による情報提供活動に於ては不利益は購買者乃至消費者の

自発的な行動に依存するものであるところ、立法者は公権力が手中にすることのみを規律しようとして、当該活動に対する権限を公表の管轄規定に求めることを認める論者もある (H. Sodan, Gesundheitsbehördliche Informationsfähigkeit und Grundrechtsschutz, DÖV 1987, S. 866)。これは結論のみをみれば、先に挙げた、インフォーマルな行政活動に対し授権要件を緩和する見解 (三款二) と共通するものである。なおゾダンがその論拠としてあげた、侵害結果が第三者の行為を媒介として惹起される場合に於ける立法者の規律可能性の問題に就いては、前款註 (20) に挙げられた諸文献を参照。

(4) 藤田「警察法」二条の意義に関する若干の考察」(「行政法の基礎理論上」所収) 三九二頁以下。また、マイヤーの所説に就いては、島田茂「バイエルン邦における警察法理論の展開と「制度的警察概念」(「一・定」) 法学論叢一〇四卷三三三頁以下。

(5) F. Mayer, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, 1963, S. 21ff. Vgl. Derselbe, Eigenständigkeit, S. 215. マイヤーによれば、かかる行政の限界づけは権力分立乃至基本法「二十条」に基づくものとされる (Opportunitätsprinzip, S. 26)。また、行政活動を一次的に限界づけるのは行政の責務であり、権限による限界づけは二次的なものとされる (a. a. O.)。

(6) Eigenständigkeit, S. 235f.

(7) 責務規範と権限規範との関係につき同様の整理をするものとして、R. Schiedemair, Einführung in das bayerische Polizeirecht, 1961, S. 154. またケッツも、権限規範の規律領域は責務規範のそれよりも狭いところ、責務規範のみが妥当する領域では例えば具体的危険の予防等警察が固有の手段を用いて固有の活動をしようすることを認めつつ、警察秩序官庁の活動は、第一に責務規範がその根拠として十分か、次にこれ以外に権限規範が根拠として必要とされるかという判断を経ることとなることと述べ (V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., S. 726)、責務規範と権限規範との関係につき同様の理解を示している。

(8) Opportunitätsprinzip, S. 26.

(9) 藤田・前掲三九四頁以下。

(10) 「公の平穩、安寧及び秩序を維持し公共又はその個々の構成員に迫る危害を防止する為に必要な措置を講ずることは、警察の職務 (Amt) に属せり。」

(11) F. W. Kne Meyer, Funktionen der Aufgabenzuweisungsnormen in Abgrenzung zu den Befugnisnormen, DÖV 1978, S. 11f.; Derselbe, VVDStRL 35, S. 228ff. 任務配分規範が活動委任を留意すると述べる論者は他にも数多くみられる (三款註 (40) に挙げられた諸論稿及び F. Ossenhöhl, Informelles Hoheits Handeln, S. 36)。我国でこれを明確に述べるものとして、宮田三郎「警察法」五一頁以下。

- (12) Vgl. Derselbe, VVDStRL 35, S. 228 Anm. 18, S. 233 Anm. 34. 他にも、責務規範（と権限規範の分離）は警察の保護義務と第三者の保護請求権の端緒となるとされているが、これは本文で後述するクネマイヤーの主張の根拠となっているものである。
- (13) DÖV 1978, S. 12ff.; VVDStRL 35, S. 233ff. また、*Polizei- und Ordnungrecht*, 9. Aufl., S. 78f. の点に就いてはなお参照、高橋明男「西ドイツにおける警察的個人保護（一・完）」*阪大法学* 一四〇号一四三頁以下。
- また、責務配分規範には他に、立法者が行政に判断を委ねている場合には行政活動の行使に対する誘導機能があり、拘束的基準の枠内で行政活動の態様に対し重要な役割を演ずると述べられているが（DÖV 1978, S. 15f.）、マイヤーも、行政官庁による権限の行使の態様は任務によって規定されると述べている（F. Mayer, *Eigenständigkeit*, S. 235f.; Derselbe, *Opportunitätsprinzip*, S. 34f.）。従って先に本文でみたマイヤーのいう責務規範の「枠」機能は行政活動をなしうるか否かの次元に留まるものではなく、どのように行政活動をなしうるかの点でも働いているものである。
- (14) 尤もかかる責務規範の理解はドイツの学説に於て必ずしも共通の理解となっていないとはいえず、論者の中には責務規範に行政活動に対する枠規範としての性格を認めるに過ぎない者も存在する（R. Schiedemair, a. a. O., S. 80）。なお参照、島田「西ドイツ警察法における「公共の秩序」論」*横浜市立大学論叢社会科学系列三三巻二・三号八頁及び註五*。
- (15) 例えば、藤田「行政法 I」（第四版改定版）五六頁以下。また、我国では組織規範は行政指導との関係では枠規範として一般的に説明されてきたことは先にみた通りである（二款二（c）（a））。
- (16) 藤田「行政組織法」（有斐閣版）一四頁。
- (17) G. Lubbe-Wolff, *NJW* 1987, S. 2706. また、無権限の行為が無効であるというのは行政法学に於ける共通の理解である。
- (18) 藤田・前掲一三頁。
- (19) A. Roth, a. a. O., S. 264.
- (20) F. Ossenbühl, *Umbelpflege*, S. 39. また、藤田「行政組織法論のあり方に関する若干の考察」（*行政法の基礎理論下*）所収）一九頁。
- (21) 田中「新版行政法中巻」（全訂第二版）一二頁以下。
- (22) 森田「行政「主体」と行政「機関」の概念」*自治研究* 七一巻四號一八頁。
- (23) F. Ossenbühl, a. a. O.; Derselbe, *Informelles Hoheits Handeln*, S. 36; R. Philipp, *Staatliche Verbraucherinformationen im Umwelt- und Gesundheitsrecht*, S. 71; T. Leidinger, *DÖV* 1993, S. 931. 尤もクネマイヤーは更に進んで、任務の配分は配分先の行政機関の活動を義務

づけると主張しているが(同旨、C. Gusy, Polizeirecht, 5. Aufl., S. 6)、理論的には、責務規範による行政機関への活動委任はかかる活動の義務づけを必ずしも伴うものではない。

なお前述のように官庁による権限行使の態様が任務規範により決せられると述べるマイヤーの所説(註(13)参照)にあつても、権限行使の裁量が任務規範により限定されることにより場合によっては権限行使が義務づけられることとなり、クネマイヤー程明確には述べていないものの、任務規範による活動の義務づけが容認される余地がある。この点につき参照、藤田「警察法二条の意義に関する若干の考察」三九三頁以下。

(24) 参照、註(5)(7)。また本文(1)(a)でみたように、責務規範を行政活動に対する枠規範として説明しているとされるマイヤーも、責務規範と権限規範との関係に就いては同様の見地に立っているものといえる。

(25) 註(1)参照。また、責務を目的、権限をその目的を達成するための手段として夫々捉える見解(C. H. Ullrich/H. W. Laubinger, Verwaltungsverahrensrecht, 4. Aufl., 1995, S. 103)もある。

(26) 参照、柳瀬「警察の概念」(「行政法の基礎理論」所収)一八八頁以下、二〇〇頁以下。

(27) なおプロイセン一般ラント法第二編一七章一〇条は一九三一年のプロイセン警察行政法によって廃止されたものの、概括的授権は同法にも引き継がれ(一四条)、更に第二次大戦後はこれを置き換える形で制定された各州法でも採用されている。プロイセン警察行政法に就いては参照、田上稔治「プロイセン警察法制の概要」(「法律による行政」所収)二二七頁以下、V. Götz, Vor 60 Jahren-Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz, Jus 1991, S. 805ff.

(28) この点に就いては既にドイツでも詳細な検討が行なわれているが、我国に於ける論稿として、須貝脩一「警察作用の特殊性」法学論叢三三卷三號八四頁以下、田上稔治「憲法に於ける法律の意義」(「法律による行政」所収)八七頁以下、高田敏「現代行政の展開と警察法」(「社会的法治国の構成」所収)三三三頁以下、芝池義一「ドイツ警察法理論をめぐる若干の理論的諸問題」(一)「法学論叢九六卷二号一頁以下、同(二)「法学論叢九六卷三号一頁以下、とりわけ三号八頁以下を参照。

(29) この点に就いて詳細は、島田「バイエルン邦における警察法理論の展開と「制度的警察概念」」(一)「法学論叢一〇四卷一号四六頁以下、同(二)「完」法学論叢一〇四卷三号三一頁以下、田上「警察法」(新版)九頁以下を参照。

なお後述するように理論的には、責務規範・権限規範の区別を採用するか否かと、個々の活動に対する授権に際し概括的授権乃至個別授権のいずれを採用するかとは、リンクするものではない(註(36)参照)。

- (30) なお後述する、各州の立法のモデルとなることを企図された統一警察法模範草案（一九七七年）の制定（これに就いては註（36）参照）を受けて、バイエルン警察職務法（Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern vom 16.10.1954）は廃止され、同草案を受けた一九七八年法に代えられたが、新法は同草案に倣い、一方では責務規定と権限規定との区別を維持しつつも、その一条では他の州と同様の概括的授權の形態を取る権限規定を採用している。新バイエルン警察職務法の詳細に就いては参照（但し責務規定・権限規定に係るもの）、土屋正三「バイエルンの新警察法（一）」警察研究五二巻三號三頁以下、同「（二）」警察研究五二巻四號一三頁以下、同「（三）」警察研究五二巻六號二七頁以下、同「（五）」警察研究五二巻八號一四頁以下。
- (31) アイヒナーの所説に就いては、島田・前掲「（一）」法学論叢一〇四卷一号五五頁以下を参照。
- (32) F. Mayer, *Eigenständigkeit*, S. 135ff.
- (33) 尤も周知のように、プロイセン警察法に於て一般ラント法第二編一七章一〇条が授權規範と見做されていることに対しては様々な点からの疑問が提起されており、マイヤーも同様に疑問を提起しているが、その内本稿との関係で特に問題となるのは、本文に挙げた責務規範との関係である。
- (34) F. Mayer, a. a. O., S. 215.
- (35) 註（28）に挙げられた諸文献を参照。またプロイセン警察法に於ける自然法的要素の混淆に就いて、柳瀬「警察権の限界」（『行政法の基礎理論』所収）二〇三頁以下参照。
- (36) なお、マイヤーが本文にみたような所説を発表した後に、州毎に異なる警察法制（ドイツでは警察法の立法権限は州に属する）の統一をめざして、各州の立法のモデルとなるべく作成された統一警察法模範草案（一九七五年）及びその最終草案（一九七七年）では責務規定と権限規定の分離を行なっている。その理由の中では、警察の責務と権限とを明確に区別しなかつたプロイセン警察行政法と離別し戦後の警察法の発展に対応した旨が述べられている。他方で権限規範に就いては、プロイセン警察法に倣った概括的授權が採用されている（一九七五年草案九条、一九七七年草案八条）。理由によれば一般条項による授權が原則とされている場合でも特別授權が行なわれている結果、一般条項による授權と特別授權との間の実質的相違は大きなものではなく（この点は近時屢々指摘されるところである。参照、島田・前掲「（二）（六）」法学論叢一〇四卷三号五三頁以下）、また一般条項に対する批判として屢々指摘されるその不明確性に就いては、既に学説判例上十分に具体化されているとして退けている。その結果本草案では責務規定・権限規定の分離と概括的授權とが同居する形となっている。

この例にみられるように、理論的にいえば、責務規範と権限規範とを区別すること、概括的授權を採用することは必ずしも一律背反の關係に立つ訳ではなく、概括的授權を採用することが責務規範と権限規範との区別を否定することの要因となる訳でもない。本文でみたバイエルン警察法の諸論者によるプロイセン警察法に対する批判は、プロイセン警察法が採用する概括的授權を責務規範による授權と捉えてのものであって、本文でみたようなこの諸論者の取る法治主義の理解からすれば責務規範と権限規範を区別することとその権限規範が個別的なものであることはセットであるべきとされるが、この法治主義の理解を前提とするのであれば、授權の態様は多様性を許容するものであるからである。現にプロイセン警察法流の概括的授權を容認する論者は、処分の根拠法規の特殊化の要請を否定している(田上・前掲一〇頁。なおこの点につき田上博士の同所で援用される G. Anschütz, Die Verfassungsg-Urkunde für den Preussischen Staat, Bd. 1, 1912, S. 140ff, 158ff.も参照)。そしてプロイセン警察法の系統にある論者にあつても責務規範と権限規範との区別が語られており、プロイセン警察行政法の概括的授權条項たる一四条(註(27)参照)に就いて、これは任務から権限を推論するものではなく授權規定であるという説明がなされている(例えば、Drews / Wacke / Vogel / Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 11)。但し同所では、同条は任務を定めると共に権限を定めるものという説明もなされており、この点では責務規範と権限規範との区別を曖昧にするものという批判が妥当するように見える。なお、権限を定める規定が同時に責務を定めることは、責務規範とは別に権限規範を要求することと相容れないわけではなく(Vgl. F. Mayer, Opportunitätsprinzip, S. 27. なお参照、森田「行政機関と内閣府」七五頁註八三及び同註の指示する参照箇所、H. J. Wolff / O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., S. 184; E. W. Bockenförde, a. a. O.)。

統一警察法模範草案の詳細に関し、参照(但し責務規定・権限規定に係るもの)、土屋「西ドイツの統一警察法草案」(上)警察学論集二九卷一―二頁以下、中森喜彦「西ドイツ一九七五年統一警察法模範草案」法学論叢一〇巻五・六号三四二頁以下(以上模範草案に就いて)、土屋「西ドイツ統一警察法模範草案(一)」警察学論集三四卷一―三頁以下、同「(二)」警察学論集三四卷一―二頁以下、同「(四)」警察学論集三四卷六号一―八頁以下。また各州に於ける統一警察法模範草案の受容経過の概要に就いては、F. L. Kneumeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., S. 8f.

(37) 夫々の学説の詳細に就いては参照、藤田・前掲三五―一頁以下。またその後の所説も含めたものとして、小林・前掲九八頁以下、立崎正夫「警察法二条一項の法的性格」警察学論集四九卷二―二号一四五頁以下、宮田・前掲五三頁。本文での(イ)は立崎氏のもの「根拠規範説」であり、(ロ)は藤田博士・立崎氏のもの「組織規範説」であり、(ハ―ニ)は阿氏のもの「一般的根拠規範説」であ

り、(ハ―2) は阿氏のいう「責務規範説」である。

- (38) 藤田・前掲三五三頁以下、小林・前掲一〇七頁以下参照。この問題は二〇〇六年の日本公法学会総会でも白藤教授により提起され、再び議論の応酬があったところである。教授の所説に就いては、白藤博行「警察法『改正』の行政法学的検討」法学志林九二巻三二号六二頁以下。

- (39) 例えば、宍戸基男「警察上の即時強制と任意行為」公法研究二七号二二五頁以下、宍戸・渋谷・小谷・宮脇編著「新版警察官権限法注解上」一三六頁。詳細に就いては、小林・前掲一〇〇頁以下参照。

- (40) 宍戸・前掲二一六頁。

- (41) 立崎・前掲一四六頁以下。また、藤田・前掲三七九頁以下。尤も、この論拠が一般的根拠規範説を否定するものであるかに就いては留保が必要であり、公権力の行使に対してはなお一般的根拠が意味を持ちうる余地があることにつき、藤田・前掲三八〇頁以下。

- (42) 三款二参照。

- (43) 藤田・前掲三九二頁以下。

- (44) 一(1)(b)参照。

- (45) 一般的根拠規範説として分類されてきた(小林・前掲一〇一頁。なお、藤田・前掲三五五頁) 小谷氏は、警察法二条が定めた責務に就いて、公権力の行使である場合には別途法令の根拠を求めているが、小谷氏自身は宍戸氏のように警察法二条を警察活動の一般的根拠であるとは明言せず、設置法により定められた任務を遂行することを「設置法に基づく」と言うかどうかは、用語の問題である」と述べるに留まっている(小谷宏三「警察官の職務執行」(田中・原・柳瀬編「行政法講座六」所収)一〇一頁、同註五)。同様に一般的根拠規範説を取ったものと分類される(曾和俊文・行政判例百選Ⅰ〔第五版〕二二三頁以下。なお異なる理解もあることにつき参照、藤田・前掲三七三頁、小林・前掲一一一頁以下) 自動車一斉検問に係る最決昭和五五年九月二二日刑集三四巻五号二七二頁も、「警察法二条一項が『交通の取締を』警察の責務として定めていることに照らすと」警察の諸活動は任意手段による限り許容されると述べるに留まっている。これらにあっては、警察法二条を警察活動の法的根拠であるとは必ずしも明言してはいないものの、同条が責務を定めていることは、当該活動を行なうことに不可欠の前提とされている。

- (46) 宍戸氏や小谷氏はそのようなものとして(口)(組織規範説)を批判している(宍戸・前掲二二四頁以下、小谷・前掲一〇〇頁)。なお次註参照。

(47) 現在組織規範説は全部留保説と組み合わせられたものと侵害留保説と組み合わせられたものとに区別されている(立崎・前掲一四八頁)。この分類に従えば、小谷氏や昭和五五年最判は組織規範説(小谷氏の場合は権力留保説と、最判は侵害留保説と夫々組み合わせられたもの)に分類されることになろう。

なお立崎氏は具体例を挙げつつ、侵害留保説と組み合わせられた組織規範説を警察法二条の理解に関する警察実務の通説としている(同旨、小林・前掲一〇一頁以下)。これは一般的根拠規範説とは明確に区別されており、この点警察法二条組織規範説を貫徹することが判例及び警察実務の趨勢の中では困難であるとされた藤田博士(前掲三八七頁)とは懸隔がある。尤も、以前、警察実務が組織規範説を批判していた際その理由とされていたのは、同説を取るにより任意手段を含めた警察活動が法律上の根拠を欠くこととなるというものであり(例えば宍戸・前掲二二五頁)、それ故ここで組織規範説は全部留保説と組み合わせられたものであり、曾ての批判対象が警察実務の通説となつた訳ではない。

(48) 藤田・前掲三八〇頁以下。

(49) 註(23) 参照。

(50) 責務規範が責務遂行を義務づけるとの言明は、藤田博士の叙述にも表われているように(前掲三九〇頁以下)、責務規定の存在が権限行使の裁量判断に当たり斟酌されるといふものであるが、このことは責務規範の内容からは必然的に帰結されるものではない。裁量判断に当たり斟酌されるといふのは寧ろ、これ迄行政法学でいわれてきたところの規制規範の内容であろう。他方で、クネマイヤー等や我国の(ハ―2)のように、責務規範に責務遂行を義務づける機能を認めることは、必ずしも責務規範の性格と相容れないものではない。これは、或る規範は責務規範と規制規範の両者の性格を兼ね備える場合がある、ということを示述しているものといえよう。

なおこの点に関連し、クネマイヤーが、任務規範から権限規範を推論することは出来ないとしつつ前者が警察活動を義務づけるとしていることに疑問を呈する所説があるが(米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性(二)」法学七〇巻二号一―八頁註三八)、或る規範を権限規範でないとは述べることは、当該規範が行政活動の義務づけを行なうとみることを排斥するものではない。任務規範であつても右の意味での規制規範としての性格を兼ね備えることは任務規範としての性格を損なうものではなく、また抑々我国の(ハ―2)はそのことを前提としてはじめて成り立っているものである。

(51) ドイツの判例のように任務規定が警告の根拠とされる場合でも、そこでの任務規定は法律の留保原則にいう根拠規範として性格づ

けられるものである。なお参照、藤田「行政組織法論のあり方に関する若干の考察」一九頁以下。

- (52) ドイツの学説の中には、インフォーマルな行政活動に限らず一般的に、非侵害活動に就いては責務規範による根拠で足りるが侵害活動に就いてはそれとは別に権限規範による根拠が求められるとするものもあるが (H. P. Schmitz, Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht, 1966, S. 148 Anm. 647, S. 162; W. R. Schenke, a. a. O.)、これに対し<sup>1)</sup>、本文で述べたことが当てはまる。

- (53) この点で、同じく任務規定を援用するドイツの判例が法律の留保の延長上で捉えられることは異なる。

- (54) 一 (1) (a) 参照。なお以下の点はオッセンビュールやフィリップにも当てはまる (Vgl. F. Ossenühi, Informelles Hohelshandeln, S. 36; R. Philipp, a. O.)。

- (55) 塩野「行政法Ⅲ」(第三版) 一二頁以下、稲葉「内閣・国家行政組織制度」公法研究五九号一六五頁。

- (56) この場合に法律の形式か否かが意味を持つのは、行政組織のあり方に対する議会の民主的コントロールや私人の権利救済が問題となる局面等に於てである (前者につき参照、藤田「行政組織法」〔有斐閣版〕一五頁、八八頁註三七)。

- (57) 本文でみたように行政機関に対する活動委任の意義が組織規範に認められるとみるならば、当該組織規範が法律の形式を取る場合にはその活動委任も立法者により正当化されているようにもみえる。しかし他方で、例えば我国で各省設置法が法律の形式で定められたのは行政組織のあり方、方に対する民主的コントロールの見地によるものであり、それはとりわけ内部部局の設置・所掌事務を定める規定の法形式を巡る議論に於て顕著であったところである (参照、稲葉「行政組織編成権論」〔行政組織の法理論〕所収) 二四五頁以下。また、藤田・前掲六二頁以下)。

なお、組織法と作用法の夫々で立法がなされる場合両者の趣旨には相違があると指摘するものとして、小林・前掲一一九頁以下 (また、藤田「行政法Ⅰ」〔第四版改定版〕八五頁以下、八九頁註七、稲葉・前掲二六〇頁を参照)。

## 五 おわりに

以上検討してきたように、行政指導の法的根拠に関する従来の議論に於ては、そこでの法的根拠とは何かというこ

とに就いての理論的整理が必ずしも明確ではなかったと思われる。行政活動の法的根拠に就いて語られる場合には、法治主義的保護乃至民主的正当化の要請を伴う法律の留保原則の見地から、私人に対して行政活動がなされる際に一定の要件を課する場合と、同原則とは無関係に、また私人に対するものであるか否かを問わず、およそ行政機関が行政活動を行なう際に要求される要件一般が問題となる場合とが区別されると考えられる。従来行政指導に法律の根拠は不要であると述べられるとき、それは右の第一の場合を念頭に置いていたものといえる。ドイツの判例に於てインフォーマルな行政活動の法的根拠として任務規定が挙げられるときも同様である。これに対し収賄罪との関係で行政指導が問題となった我国の判例で各省設置法の所掌事務規定が挙げられるときは、右の第二の場合が念頭に置かれていたものといえよう。この場合には行政機関は所掌事務規定があつてはじめて行政指導をなしうるのであるから、同規定が行政指導の根拠規定となつてみるとみることができる。同規定を単なる枠規定とみる場合には、行政機関は何故行政指導をなしうるのかという問いに答えることが出来ないと思われる。

そしてこのような見地からするならば、行政機関が行政指導を行なう為の要件は、行政組織の対内的権限を規律するものと同様の原理によつて規律されているということが出来る。例えば我国の場合行政指導は屢々局長や課長といった名義によつてなされているが、これは、行政作用法の見地からは行政の内部に留まり対外的に表われるものではない行政機関も、対内的権限を行使する場合と同様の活動主体として対外的に登場していることを意味するものである。<sup>①</sup> またそこでは行政規則の法形式を持つ組織規範も権限を規律している。以上のことは、行政をめぐる法関係を行政の内部関係、外部関係に区別した上で、その夫々に就いて異なつた法原理が支配するものとして説明をなすことに對する再検討を迫るものともいえる。行政指導は私人に対しても行なわれる事実行為であり、これは外部関係に属するものであるが、行政の内部関係に於ける法原理もこれを規律しているからである。<sup>②</sup>

(1) 所謂講学上の行政機関の概念は行政官庁のそれと異なり対外的活動・対内的活動の区別を射程に含めるものではない。参照、森田  
【行政機関と内閣府】一一二頁以下。

(2) この点と関連してなお参照、松戸「組織法と作用法」(芝池・小早川・宇賀編【行政法の争点】(第三版)所収)一七頁。

【追記】 本稿の一部は、二〇〇六年六月に関西行政法研究会並びに広島公法研究会に於いて報告を行ない、執筆の際にはそこでの議論を  
参考にしている。出席された各位に御礼申し上げる次第である。